



MODERNIDAD, POSMODERNIDAD Y DERECHO NATURAL: UN IUSNATURALISMO POSIBLE

Pedro Serna

"No hay que declararse en disidencia cuando se dice que la revolución obtuvo su primer estímulo de la Filosofía"¹. Esta frase de Hegel sobre la Revolución francesa ha sido interpretada por Habermas en un sentido unívoco y tremendamente comprometedor: "La filosofía, señala Habermas, equivale a decir los principios del derecho natural racional"².

En efecto, cuando faltan pocas semanas para que se cumpla el segundo centenario de la toma de la Bastilla, no está de más traer a consideración el tema del derecho natural, que persiste en no querer separarse de la teoría jurídica por mucho que hayan sonado con fuerza las voces de quienes, a lo largo del siglo XIX y, sobre todo, del XX, se han alzado contra el pensamiento iusnaturalista. El tema del derecho natural parece condenado a reaparecer en una suerte de eterno retorno -por emplear la clásica expresión de Rommen³-, en ocasiones de modo manifiesto⁴ y en otras ocultan-

1. G.W.F. HEGEL, *Gesammelte Werke*, Glockner, t XI, p. 556.

2. J. HABERMAS, "Derecho Natural y Revolución", en *Teoría y Praxis*, Buenos Aires, Sur, 1966, p. 57.

3. Cf. H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrecht*, München, J. Kösel, 1947.

4. Cf. J. DELGADO PINTO, "De nuevo sobre el problema del Derecho Natural", Salamanca, Ediciones de la Universidad, 1982 y, más recientemente,

dose tras la etiqueta de conceptos más gratos a la modernidad, como el de los derechos humanos⁵.

Al contemplar un pensamiento jurídico que ha venido luchando denodadamente por enterrar de modo definitivo cualquier intento de fundación metafísica del derecho es precisamente cuando con más fuerza se alza el clamor por la defensa de los derechos humanos y la dignidad del hombre, conceptos que en modo alguno pueden ser tomados del mundo de la facticidad⁶.

Establecer la vinculación entre derecho natural y derechos humanos no constituye el objeto de la presente exposición. Por lo demás, hay entre nosotros quien se ha ocupado de hacerlo⁷, y tampoco faltan quienes, negando tal conexión, reconocen que, al menos históricamente, las primeras declaraciones de derechos nacen muy unidas a la idea de derecho natural⁸, aunque tal vez no sea *ese* derecho natural el más adecuado para servirles de fundamento. Además, derechos que se presentan adornados por las notas de universalidad, absolutos, inalienabilidad⁹, etc, no pueden sino levantar la sospecha de estar anclados en cimientos

A. HERNANDEZ GIL, "De nuevo sobre el derecho natural", en *Persona y Derecho* 12, Pamplona, Eunsa, 1985, pp. 13-65.

5. Cf. M. VILLEY, "Crítica de los derechos del hombre", en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976, p. 242.

6. Cf. A. OLLERO, "Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía", en *Revista de Estudios Políticos* 33, Madrid, 1983, p. 122.

7. Cf., desde perspectivas muy diversas, entre otros C.I. MASSINI "Iusnaturalismo y derechos humanos", en *El Derecho* 6832, Buenos Aires, 30.IX. 87, pp. 13 ss. y G. ROBLES, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", en *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, pp. 253-268.

8. Este extremo ha sido puesto de manifiesto por J. HERVADA, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del Derecho", en *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 1985, págs. 425-446; y reconocido por G. PECES-BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 239.

9. Cf. F.J. LAPORTA, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* 4, Alicante, 1987, pp. 32 ss.

suprapositivos. Por otra parte, eludir la referencia al derecho natural consagrando la teoría de los llamados *derechos morales*¹⁰ no deja de ser un mero problema de palabras¹¹, puesto que si el derecho positivo no tiene obligación alguna de reconocer e integrar tales derechos morales, éstos carecen de existencia en absoluto; y si la tiene, su relevancia jurídica es previa a su reconocimiento por el derecho positivo¹² y entonces lo que falla es el concepto mismo de derecho que ha obligado a expulsar al plano de la ética lo que, de un modo u otro, posee de suyo una cierta índole jurídica.

El positivismo jurídico no ha resultado ser una doctrina de gran aliento especulativo, por más que haya ido desarrollándose a lo largo de la Edad Contemporánea hasta culminar en sus versiones extremas del realismo escandinavo o norteamericano y del formalismo kelseniano. En efecto, se muestra ante todo como un pensamiento cuya explicación de la realidad jurídica suscita más problemas de los que resuelve y, en el plano de la práctica, se ha revelado incapaz de impedir no pocas aberraciones y de convertir en criminales a ordenamientos jurídicos enteros¹³. Desde 1945, como es

10. Cf., entre nosotros, C.S. NINO, *Ética y Derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, 1ª ed, p. 34 ss.

11. G. PECES-BARBA, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos* 4, Madrid, 1986-87, p. 223.

12. Cf. C.S. NINO, *op. cit.*, p. 27 ss.

13. No pretendemos aquí adherirnos acríticamente a la bien conocida y justamente denunciada *reductio ad Hitlerum*. Sin embargo, pensamos que, en todo caso, sigue siendo cierto que el legalismo deja al juez maniatado ante la ley injusta y consagra, por tanto, situaciones que, desde otras concepciones del derecho, podrían ser superadas sin dificultad. El problema no radica tanto en una cuestión de interpretación de las leyes, como en la admisión de fuentes del derecho distintas de la norma, lo cual está estrechamente vinculado al concepto mismo de derecho que se posea. Por eso, la apelación al espíritu de la ley, voluntad del legislador o naturaleza de la raza aria como criterios interpretativos no nos saca del positivismo: simplemente transforma el legalismo en sociologismo. Pretender que eso es iusnaturalismo, como intenta Garzón Valdés, no deja de ser una broma de mal gusto y escaso rigor científico Cf. E. GARZÓN VALDES, *Derecho y filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, pp. 5-14.

sabido, son multitud los juristas y filósofos del derecho que se alzan contra el positivismo echando mano de los más diversos elementos conceptuales. Aunque citar nombres aquí nos expondría a dejar fuera del catálogo a figuras de relevancia, en este momento vienen a mi memoria algunos tan significativos como los de Gustav Radbruch, Josef Esser o, más recientemente, Ronald Dworkin.

Sin embargo, a pesar de que el positivismo¹⁴ es ya una estrella muerta, que aún luce algunos destellos pero es incapaz por completo de dar luz y calor auténticos, la moderna filosofía del derecho se resiste a admitir que la muerte de aquel signifique necesariamente la vuelta a posiciones iusnaturalistas¹⁵. La crítica de la modernidad al derecho natural se considera a estas alturas como un logro indudable y definitivo de la cultura jurídica universal.

Es sabido que dicha crítica descansa sobre no pocas imprecisiones y confusión de objetos, pero es necesario hacerse cargo de ella para mostrar si es consistente y, en caso de serlo, si el derecho natural ha quedado definitivamente visto para sentencia o, por el contrario, puede subsistir bajo ciertas formas y conforme a determinados límites.

14. No es momento de precisar ahora las diferencias y puntos de contacto entre las diversas formas de positivismo jurídico. En adelante emplearemos este término para referirnos concretamente al positivismo legalista, salvo indicación expresa en contrario. Por lo demás, pensamos que todas las versiones de este modo del pensar jurídico pueden reducirse, en último extremo, al legalismo o al sociologismo.

15. Cf., entre otros, K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, Civitas, 1985; CH. PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", en *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, L.G.D.J., 1976, 2ª ed, p. 69.

1. LA CRÍTICA DE LA MODERNIDAD AL DERECHO NATURAL

No es tarea fácil resumir con brevedad el ingente número de críticas, objeciones y refutaciones que ha sufrido la doctrina del derecho natural durante los dos últimos siglos. Presentan una muy variada índole y responden a muy diversas perspectivas formales. En nuestro siglo, las ha habido de carácter más técnico (Kelsen) o más filosófico-ideológico (Bobbio). Tal vez sea este último autor quien mejor resume la actitud de la modernidad ante el problema que estamos abordando. Por eso lo hemos elegido como ejemplo para el análisis posterior de los fundamentos teóricos desde los que se ha llevado a cabo la mencionada crítica¹⁶.

Norberto Bobbio, que en ocasiones se ha declarado iusnaturalista, sobre todo a partir de 1963¹⁷, somete el derecho natural a una serie de objeciones que, según señala él mismo¹⁸, se sitúan en la línea ya iniciada por otros y se componen de argumentos de

16. La bibliografía de Bobbio sobre el derecho natural y el iusnaturalismo es extensísima. Más de 40 obras, entre libros y artículos, se recogen sobre el tema en *Norberto Bobbio. 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti (1934-1983)*. Edición de C. VIOLI, Torino, Angeli edit., 1984. Sin embargo, los más importantes son *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, "Alcuni argomenti contro il diritto naturale", en *Rivista di Diritto Civile* IV, 3, 1988, pp. 253-263 (hay edición española en E. DIAZ, (ed.) *Crítica del Derecho Natural*, Madrid, Taurus, 1966); y sobre todo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, 3ª ed. (esta última obra recoge muchos artículos de años anteriores); e "Il modello giusnaturalistico", en *RIFD* 50, 4, Octubre-Diciembre 1973, pp. 603-622, recogido y ampliado en N. BOBBIO, y M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milano, Il Saggiatore, 1979.

17. Véase, sobre esto, A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 362 ss. Una crítica dura a este intento de compatibilización del iusnaturalismo "ideológico" y el positivismo "científico", en G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1988, pp. 101-103.

18. N. BOBBIO, "Contra el Derecho Natural", edición española cit., p. 221.

índole jurídica unos y filosófica otros. Sintetizando mucho, se puede decir que los primeros niegan que el derecho natural sea derecho; y los segundos que sea natural. Pueden resumirse así:

a) El derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia.

b) El derecho natural no llega a alcanzar el objetivo propio de los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza la paz ni la seguridad¹⁹.

c) El derecho positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al derecho natural.

d) La noción de naturaleza es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos.

e) Incluso si fuere unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar ningún acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto.

f) Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ese hecho no se derivaría la validez del acuerdo para el momento actual²⁰.

Para satisfacer los objetivos de nuestra reflexión basta este resumen, aunque no detalle por completo el pensamiento del autor italiano sobre el tema. No es necesario, puesto que no intentamos ahora un estudio sobre su sistema iusfilosófico. No obstante, en las observaciones críticas que vamos a hacer a continuación, trataremos de no distorsionar el pensamiento bobbiano²¹.

19. Adviértase la huella hobbesiana del argumento. La paz se presenta aquí no como fruto de la justicia sino como sinónimo de la seguridad, único objetivo ético-social posible del derecho-fuerza, forma de moralidad o, mejor, de *moralización extrínseca* del derecho. Una perspectiva diferente sobre la seguridad, en J. WILLIAMS-BENAVENTE, "Una aproximación existencial a la axiología jurídica", en *Persona y Derecho* 8, Pamplona, 1981, p. 231 ss.

20. N BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 177.

21. Podría preguntarse por qué hemos elegido sólo la crítica y no la descripción o la apología de algunas ideas del iusnaturalismo por parte de Bobbio. En primer lugar, por razones metodológicas: de lo que se trata ahora es

En sus diversas exposiciones, Bobbio apenas distingue el derecho natural clásico del racionalista; otros, por ejemplo Peces-Barba, sí lo hacen pero, como suele ser habitual²², no acaban de valorar las diferencias entre ambos.

2. PRECISIONES SOBRE LA CRITICA AL IUSNATURALISMO

No podemos desarrollar ahora una exposición extensa acerca de los argumentos que acabamos de referir: no sería fácil abordar el asunto en pocas páginas. Mucho se ha escrito sobre el tema y múltiples son las réplicas y contrarréplicas. En general, los argumentos esgrimidos por el autor que estudiamos no son especialmente originales. Vamos ahora a efectuar unos rápidos comentarios acerca de los mismos. En ellos, emplearemos la expresión "derecho natural" en los sentidos de orden jurídico y de la norma -únicos a los que se refieren las objeciones-, nunca en el de derecho subjetivo ni mucho menos en el de relación jurídica o cosa justa, que son los capitales y analogados principales de la

de dar cuenta de las raíces de la crítica al derecho natural. En segundo lugar, porque este autor está más cerca del positivismo que del iusnaturalismo y si en alguna ocasión se ha declarado iusnaturalista ello simplemente significa su no aceptación del derecho existente por el mero hecho de existir, esto es, el formalismo jurídico extremo, pero no la aceptación del derecho natural como derecho existente. Cf. A. RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 364. Sobre la valoración positiva del iusnaturalismo como doctrina histórica puede verse N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 190 ss; y para una descripción del iusnaturalismo, cf. "El modelo giusnaturalístico", *cit.*, p. 602 ss., donde se advierte la específica referencia del autor al iusnaturalismo racionalista cuando emplea el término general.

22. Otro ejemplo de esta actitud, incluso más acusado, puesto que lleva a cabo una distinción más precisa aún de los distintos iusnaturalismos, es la obra de G. ROBLES MORCHON, *Introducción a la Teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1988, pp. 41-47. De estas críticas que confunden el objeto se lamenta J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 23.

predicación del concepto "derecho" para una buena parte de la tradición del iusnaturalismo²³.

Las objeciones contra el derecho natural que acabamos de exponer pueden agruparse en tres categorías:

- a) aquellas que rechazan su juridicidad;
- b) las que se refieren a su incapacidad para asumir la historia;
- c) las que hacen mención de la problematicidad del concepto de naturaleza y la no derivabilidad de la justicia a partir de ella (*naturalistic fallacy*).

A su vez, el rechazo del "modelo iusnaturalista" tiene su origen teórico en:

- a) un determinado concepto de derecho;
- b) la afirmación de la validez de la falacia naturalista;
- c) la afirmación de la relatividad de los valores, esto es, de la historicidad no sólo de conceptos como el de los derechos humanos, sino también del contenido de los mismos y del propio conocimiento humano, lo que hace del problema una cuestión no teórica sino política.

2.1. EL RELATIVISMO DE LOS VALORES

La afirmación c) es, sin duda, la más importante de las tres, y dirige su acusación no contra las tesis específicas del iusnaturalismo sino contra la posibilidad misma del derecho natural. Nos coloca de lleno en el campo del *historicismo puro*, y nos permite mostrar cómo positivismo e historicismo caminan juntos no sólo en la historia de las ideas sino en las ideas

23. Cfr. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae* II-II, q 57 a 1, y J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsu, 1988, 5ª ed., pp. 42 ss; del mismo autor, *Lecciones de Filosofía del Derecho* (pro manuscrito), Pamplona, 1988, pp. 191-249.

mismas²⁴. El modo como puede apreciarse esto es el que a continuación vamos a exponer. El razonamiento que se suele seguir toma como punto de partida el desacuerdo que se produce en las filas del iusnaturalismo al concretar el contenido material del derecho natural o la noción de naturaleza humana, así como la evolución de la moralidad socialmente aceptada a lo largo de la historia y la constatación de que en las diferentes épocas y culturas se han tenido por ajustadas al derecho natural situaciones y actuaciones contrapuestas entre sí²⁵. A continuación, se somete a examen la estructura de los razonamientos que pretenden justificar las distintas tesis contrapuestas, y se remarca la presencia del concepto de *naturaleza* en su origen. Se declara, desde los postulados del empirismo o la filosofía trascendental, el abismo que separa los mundos del ser y el deber y se acaba por concluir que el derecho natural se asienta sobre una quimera: a saber, la posibilidad de *conocer* en el mundo del deber-ser. Acto seguido se establece como verdadera la proposición "*todos los valores son relativos*". La inexistencia del derecho natural no se concluye desde el relativismo de los valores sino que más bien parece deducirse éste de aquella: pero aquella no se demuestra, simplemente se postula dando un salto en el vacío a partir de la constatación del desacuerdo sobre los contenidos del derecho natural. Puede verse, pues, cómo se trata de un razonamiento circular constituido por la interpretación de un hecho y una inferencia indebida sobre él: los valores son relativos porque el derecho natural no existe, y el derecho natural no existe porque no hay acuerdo sobre él. Por tanto, los valores son relativos porque el derecho natural no existe,

24. Sobre este punto, y sosteniendo una tesis no completamente concordante con la que aquí defendemos, véase G. ROBLES, *op. cit.*, pp. 98 ss.

25. Es una de las objeciones de H.L.A. Hart al derecho natural. Véase H.L.A. HART, "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral", en R.M. DWORKIN, (ed.), *La Filosofía del Derecho*, trad. castellana de J. SAINZ DE LOS TERREROS, México, FCE, 1980, pp. 35-74 y una réplica en J. FINNIS, *op. cit.*, p. 29 ss.

y el derecho natural no existe porque son relativos los valores. Hay, además, en ambas proposiciones un empleo contradictorio de la facultad de juzgar. Veámoslo.

En efecto, la proposición "todos los valores son relativos" no puede concluirse autorizadamente desde las premisas epistemológicas que aquí se están barajando. Lo único a que nos autoriza el punto de partida es a concluir que la gente sostiene valores diferentes. Ahora bien, ¿es ello consecuencia de la imposibilidad de la razón humana para conocer en el mundo del *sollen* o más bien procede de la naturaleza misma del valor? Semejante interrogante jamás podrá ser respondido, al menos desde estas premisas, puesto que se niega la validez del conocimiento en dicho ámbito; pero, a pesar de todo, el valor opera sobre los sujetos individuales como una realidad que obliga por sí y no por ser el fruto de una creación o elección; ello ¿es consecuencia de una alienación del hombre o nos pone en contacto con su modo específico de 'ser'? De nuevo se hace obligado responder con el silencio o retroceder y aceptar la posibilidad de una investigación racional sobre el valor, lo cual no necesariamente supone -al menos *a priori*- la aceptación de la derivabilidad de lo valioso a partir de la singular noción de naturaleza humana que se posea. Y en ese caso habrá que admitir que estamos ante un campo altamente problemático del razonar humano, porque versa sobre el deber y no sobre el ser, y porque se refiere al propio hombre -que no sin dificultades y mediaciones puede devenir objeto puro para su propia inteligencia²⁶- y no a realidades externas y objetivables. Pero esta problematicidad no excluye la posibilidad de una verdad, aunque la pueda hacer -a los ojos de muchos- remota. Y en ese caso procede más bien calificar

26. Cf. J. CHOZA, *Manual de Antropología filosófica*, Madrid, Rialp, 1988, pp. 327 ss. Sobre la *reflexión* y su caracterización desde la teoría del conocimiento, véase L. POLO, *Curso de Teoría del conocimiento*, vol II, Pamplona, Eunsa, 1985, pp. 225 ss.

las diversas tesis acerca de lo justo o de lo que es derecho natural como errores, que como muestras del relativismo de los valores.

Afirmar esto último -al igual que decir que, por razones epistemológicas, el único derecho posible es el derecho positivo²⁷- sólo tiene sentido desde el nivel cognoscitivo inmediatamente superior a aquel cuya validez se acepta, esto es, únicamente se puede hacer desde un conocimiento cuya posibilidad se ha negado. Estrictamente, las posturas antimetafísicas que así se expresan lo hacen empleando una peculiar proposición metafísica negatoria de la metafísica.

La proposición "sólo existen los hechos" no puede en modo alguno basarse en los hechos mismos, que a lo sumo permitirían declarar que "hay hechos" y nada más, suprimiendo cualquier intento de ir más allá y reduciendo el papel de la especulación a la mera explicitación no de lo que se puede conocer, sino simplemente de aquello de lo que se puede hablar²⁸.

Es obvio que si todos los valores son relativos (historicismo), sólo existen aquellos que aparecen como dados de hecho (positivismo), y que si lo único que hay son los valores tal y como se dan en un momento concreto (positivismo), entonces son relativos porque los vemos evolucionar, nacer y desaparecer (historicismo). Pero ambas inferencias, que niegan lo metafísico, se asientan sobre proposiciones de índole metafísica²⁹.

27. Una crítica epistemológica al positivismo jurídico desde posiciones no iusnaturalistas en G. ROBLES, *op. cit.*, pp. 138-151.

28. Tal es la posición de un buen sector de la filosofía analítica contemporánea. Véase L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, ed. castellana de E. TIerno GALVAN, Madrid, Alianza, 1973. Como es sabido, este autor evoluciona notablemente en sus puntos de vista pero ello no es obstáculo para que un considerable número de filósofos analíticos sigan el pensamiento de su primera época.

29. En esta dirección se orienta una de las críticas del realismo jurídico escandinavo al positivismo jurídico. Véase K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, trad. castellana de M. LOPEZ GUERRA, Barcelona, Labor, p. 255-257.

El relativismo de los valores sólo se puede afirmar desde la reducción de la capacidad humana de conocer al plano de lo empírico-fenomenico y tal reducción sólo puede declararse desde más allá de los confines del universo de discurso que se intenta delimitar con ella, saliendo del mundo, sobrepasando el límite³⁰.

Con estas tesis de fondo, la moralidad deviene función y el conocimiento ético, sociología.

En otro orden de cosas, el enjuiciamiento del derecho natural que hemos descrito no sólo puede caracterizarse por la presencia de unos puntos de vista desde los que se le condena, sino también por un determinado modo de abordar el objeto que, a nuestro juicio, lo distorsiona. Llegados a este punto, es preciso poner de manifiesto lo que constituye, a nuestro juicio, una confusión fundamental: derecho natural clásico y derecho natural racionalista no son equiparables, pues parten de premisas metafísicas y epistemológicas heterogéneas y llegan a conclusiones muy diversas y, en ocasiones, contradictorias. A nuestro modo de ver, las críticas que pueden afectar al segundo, y que incluso podemos compartir, no son aceptables para el primero³¹. Y ello no por razones puramente históricas y de carácter circunstancial sino, sobre todo, porque partir de un concepto cerrado de naturaleza o hacerlo de la observación de una realidad tendencial-teleológica da como resultado dos modelos de iusnaturalismo radicalmente diferentes: Por una parte, un sistema normativista-deductivista y, por otra, una versión más propensa a formular el derecho natural desde la racionalidad

30. "Para trazar un límite al pensamiento tendríamos que ser capaces de pensar ambos lados de ese límite, y tendríamos por consiguiente que ser capaces de pensar lo que no se puede pensar". L. WITTGENSTEIN, *op. cit.*, prólogo, p. 31.

31. Una exposición de las diferencias entre ambos modos de iusnaturalismo, en J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 249-260. Véase también G. ROBLES, *op. cit.*, pp. 60-64.

práctica y en forma de principios que juegan su papel sobre todo en el razonamiento jurídico prudencial.

Dicha confusión conduce a atribuir a todo el iusnaturalismo la proclamación de dos órdenes jurídicos o la consideración de uno de ellos como ideal frente a otro real; el rechazo de la coacción; la atribución de diferentes objetos temáticos a cada uno de los dos órdenes; la consideración de la ley como exclusiva y única realidad jurídica; la deductibilidad del derecho natural y de los derechos humanos a partir de un supuesto concepto abstracto y ahistórico de la naturaleza humana; etc.: afirmaciones que pertenecen todas ellas al iusnaturalismo racionalista y ni siquiera a todos los autores de esta corriente, pero que son absolutamente falsas o, al menos, matizables, en las coordenadas del sistema de pensamiento clásico.

Vamos a referirnos ahora a cada uno de los grupos de objeciones que hemos mencionado. Nuestra actitud será principalmente exponer con mayor concreción lo dicho hasta ahora y señalar cuándo las críticas han de ser tomadas en consideración por el pensamiento iusnaturalista no-racionalista y en qué ocasiones, por el contrario, proceden de alguna de las mencionadas confusiones.

2.2. LA JURIDICIDAD DEL DERECHO NATURAL.

El primer grupo de objeciones³² se refiere a la juridicidad del derecho natural y pone en tela de juicio su pretensión de ser derecho verdadero. A tal fin se compara el derecho natural con el derecho positivo, que aparecen formando órdenes diferentes, y se acaba por concluir la no juridicidad del primero por carecer de

32. Concretamente, las a), b), y c).

eficacia y ser incapaz de alcanzar sus propios fines, la paz y la seguridad³³.

Lo primero que cabe afirmar a propósito de esto es que, para una buena parte del pensamiento iusnaturalista, no existen dos órdenes separados, a modo de especies de un mismo género³⁴, sino una única realidad, el derecho, integrada por factores naturales y factores positivos³⁵. Estos actúan como principios de la norma jurídica y del ordenamiento, pero no tienen sentido fuera de ambos ni al margen el uno del otro³⁶. Lo que existe no es, pues, el derecho natural y el derecho positivo, que han de armonizarse y conjugarse, o distribuir su campo de aplicación, sino el derecho *simpliciter*. Un puro 'derecho natural' al margen de la historia y de

33. Esta objeción es de origen kelseniano y ya ha sido refutada, por basarse en una afirmación falsa, por J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 29.

34. En este punto no estamos de acuerdo con S. Cotta, que defiende la existencia de dos especies diferentes de un mismo género. Preferimos hablar de dos tipos de factores del derecho *simpliciter dictum* más que de dos géneros. Es verdad que ambos participan de la juridicidad, esto es, ambos son regulaciones racional-prácticas, pero no lo hacen constituyendo normas o sistemas separados que posteriormente hayan de integrarse, sino conviviendo en una misma norma, en un mismo ordenamiento, etc. Donde más claramente se ve esto es en el razonamiento jurídico, en el cual intervienen ambos factores separadamente, pero en orden a producir una decisión común. Por eso, ciertas tareas de razonamiento, como la interpretación, no son dobles, sino un acto único donde comparecen y juegan los factores naturales y positivos. Sobre esto, véase J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 184-187; la tesis de la duplicidad de especies puede verse en S. COTTA, "Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo", en *Persona y Derecho* 8, Pamplona 1981, p. 154. Por lo demás, la caracterización de las relaciones entre el derecho natural y el positivo realizada ahí nos parece correcta en líneas generales.

35. J. HERVADA, *op. cit.*, p. 176.

36. Sí cabe, sin embargo, hablar de una ley estrictamente natural, no integrada en un sistema que abarque también normas positivas, pero dicha ley pertenece más bien al campo de la *moral* y el hecho de que sea ley natural no significa que no contenga en sí las modificaciones y cambios históricos, aunque a ella misma se la quiera considerar inmutable. Cf. F. SUAREZ, *De legibus ac Deo Legislatore*, lib II, cap. XIV, nn 6-9, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, pp. 152-153.

las instituciones concretas de la sociedad no puede concebirse porque carece de objeto: la norma es siempre una regulación de algo y ha de tener presente de modo necesario su objeto propio y la condición histórica que le caracteriza. Naturalmente, hay realidades más afectadas por la historicidad que otras pero, en general, todo lo humano es histórico: "natura humana mutabilis est"³⁷.

Por otra parte, la coactividad no es un atributo del derecho positivo, ni del derecho natural, sino de lo jurídico en cuanto tal³⁸ y por eso el iusnaturalismo no rechaza la coacción ni pretende ser eficaz al margen de ella. El derecho natural no se concibe a sí mismo siendo eficaz de modo automático, puesto que entonces se autoentendería más bien como una ley física que se verifica sobre el comportamiento de los hombres en sociedad; parte, como todo derecho, de la posibilidad de su incumplimiento porque al hombre siempre le resulta posible desconocerlo o actuar contra él: razón y voluntad no se conectan de modo necesario y automático, y por eso es coercible. Contrariamente a lo que se suele pensar, es en el caso del derecho positivo -considerado aisladamente, fuera de ese sistema jurídico único al que hemos aludido- donde se hace difícil fundamentar la coacción. Si se concibe el orden normativo jurídico en su pura facticidad se hace imposible dar razón de su obligatoriedad. La coactividad se funda en la obligatoriedad de las normas y ésta debe explicarse de un modo u otro por la capacidad para promulgarlas que posee el órgano del que emanan, quien a su vez la posee o en virtud de una norma o por sí mismo³⁹. Si

37. SANTO TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q 57 a 2, ad 1.

38. F. OLGUATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsu, 1977, p. 297.

39. En último extremo, el poder normativo no puede legitimarse por una norma, por muy racional que ésta sea, ni por la fuerza. La causa de la legitimidad está en propiedades del órgano o la persona que ejercen el poder. En todo caso se trata de una cuestión de teoría política, sobre la que volveremos más adelante, aunque no constituye propiamente el objeto de esta investigación. "¿Qué nos induce a obedecer las órdenes de otros? Dos son las respuestas extremas a esta pregunta, de las cuales ninguna es propiamente

aceptamos esto último, el fundamento de la potestad normativa es, en último extremo, de índole natural⁴⁰, lo cual no equivale a no-social. Si no lo aceptamos, difícilmente cabe otra alternativa que la regresión al infinito, lo cual es imposible, puesto que el sistema jurídico está compuesto por un sistema finito de normas; de este modo sólo queda abierta la puerta a la *Grundnorm* kelseniana que, a la postre, resulta ser un trasunto del poder⁴¹. Desde aquí la única fundamentación posible de la coacción o de la obligatoriedad del derecho es el hecho del poder, lo cual supone incurrir también en la falacia naturalista, tan criticada por el positivismo⁴².

Otras dos actitudes son posibles en este contexto: la del pensamiento contractualista y la que podemos llamar escéptica. La primera⁴³ no consigue eludir el problema puesto que la obligación de respetar los pactos no puede ser autoimpuesta si es verdadera obligación, es decir, algo captado como vinculante para el sujeto, como procedente de fuera de él. La segunda consiste en afirmar, desde la postura tal vez más correcta formalmente en el sistema positivista, que la norma se presenta con pretensiones de

política. Una de ellas dice: obedezco sólo las instrucciones que estimo buenas, dicho más exactamente, que considero las mejores posibles. Esto significa que no obedezco, sino que, a los sumo, me dejo convencer o persuadir. En todo caso, únicamente hago lo que quiero, sin tomar en cuenta la orden ajena (...). La otra respuesta apolítica es: obedezco por miedo, porque no me queda otro remedio. Los prejuicios que se siguen de la desobediencia no compensan de los de la obediencia. Esta es la respuesta del esclavo. Su obediencia no tiene nada que ver con el reconocimiento. Por eso, como dice Aristóteles, el poder sobre los esclavos es contrario al poder político". R. SPAEMAN, *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, Euns, 1980, pp. 187-188.

40. J. HERVADA, *op. cit.*, p. 177.

41. Cf. G. PECES-BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., pp. 40 ss.

42. O. HOFFE, "Derecho natural sin falacia naturalista: un programa iusfilosófico", en *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, ed. castellana de E. GARZON VALDES, Barcelona, Alfa ed., 1988, p. 107 ss. Véase también S. COTTA, *op. cit.*, p. 153.

43. Una descripción de este pensamiento en lo referente a la obligatoriedad del derecho en E. FERNANDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, capítulos IV y V.

obligatoriedad, pero ello no significa que posea realmente esta cualidad⁴⁴, porque se trata de un asunto sobre el que no cabe la posibilidad de decidir cognoscitivamente. La obligatoriedad viene así a trasladarse al plano de la moral, no del derecho⁴⁵. Pero entonces la fuerza de la coacción es ilegítima e indiscernible de la violencia. El derecho invade el campo de la moral; la pulcra separación establecida por Thomasio, que había servido de base a la caracterización formal-externa del fenómeno jurídico hecha por el positivismo, cae por tierra. De este modo se produce una extraña paradoja: el derecho, caracterizado por rasgos meramente formales y externos, difiere por completo de la moral y está separado de ella, pero al mismo tiempo, la coacción que le caracteriza queda totalmente privada de justificación y deja de tener sentido hablar de una obligatoriedad del derecho; su fuerza deviene violencia.

De este dilema sólo se puede salir reconociendo como fundadas las pretensiones de supremacía de los factores naturales sobre los positivos y asentando la validez del derecho en sus factores naturales. En efecto, si el derecho es la fuerza coactiva monopolizada por el Estado, resulta indiscernible de la violencia; para que no lo sea, la coacción ha de fundarse en la coactividad, ésta en la obligatoriedad, y ésta a su vez en alguna característica del sujeto que ostenta la potestad normativa que le capacita y legitima para dar normas. Ello no equivale necesariamente a incurrir en la falacia naturalista, como veremos.

Volviendo a nuestro tema, el iusnaturalismo no pretende ser eficaz al margen del derecho positivo ni a costa suya: pretende serlo con el apoyo del sistema coactivo, que no pertenece de suyo ni a uno ni a otro, sino al orden jurídico en cuanto tal⁴⁶. No

44. Cf. C.S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, 2ª edición, capítulo primero.

45. E. FERNANDEZ, *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 167 ss.

46. Esta afirmación debe ser matizada. En efecto, la *coacción* es siempre de índole positiva, con lo cual queremos decir que no es automática, que no

podemos olvidar que derecho natural y derecho positivo, considerados como factores principales del orden jurídico, no aluden al grado de fuerza que respalda a determinadas normas, sino al *origen* de dichas normas; más concretamente, designan respectivamente aquellos elementos normativos *preexistentes* y aquellos otros *construidos* en una determinada regulación jurídica. En una norma jurídica, tales factores difícilmente pueden existir separados, y por ello no es conveniente hablar de reglas naturales frente a reglas positivas, con alguna excepción no jurídica, como hemos visto⁴⁷.

Desde aquí puede verse cómo el recurso a la coacción no significa, por parte del derecho natural, un reforzamiento de su carácter jurídico por medio del derecho positivo y, mucho más claramente, cómo es a todas luces falso que el derecho natural rechace la coacción y pretenda ser eficaz por sí mismo, al menos en todas sus versiones⁴⁸.

consiste en una fuerza que se pone en marcha de inmediato una vez producida la violación de la norma o que vela por el cumplimiento del derecho como un elemento más de la vida natural. Pero debe distinguirse entre coacción y coactividad. Esta última corresponde al derecho en cuanto tal, con independencia de que sea natural o positivo, según el iusnaturalismo clásico, y por tanto la coacción acompaña al derecho *simpliciter*, aunque ella misma sea de institución positiva. Cf. F. OLGATI, *op. cit.*, p. 298.

47. Cuando se repara en que derecho positivo y natural no son realidades que se sitúan en esferas distintas e incommunicadas se advierte también como fruto del punto de vista contrario la objeción que resalta la actual apropiación por el derecho positivo de campos ante reservados al derecho natural. Para un iusnaturalista esta constatación no plantea problemas de aceptación, pero es matizable: el derecho natural sigue regulando esas relaciones o instituciones como lo hacía antes, pero ello no es obstáculo para que la historia y la evolución de la sociedad hacia formas más complejas hayan ido incrementando el carácter de constructos que poseen dichas relaciones o instituciones, y añadiendo factores positivos a su regulación. Para el iusnaturalismo, el sistema jurídico puede completar con normas de carácter positivo la regulación de determinadas situaciones o instituciones, e incluso poner coto a lo no prohibido desde el derecho natural. Sobre esto, puede verse J. HERVADA, *op. cit.*, pp. 173 ss.

48. Véase S.L. BROCK, *The legal character of the Natural Law in St. Thomas Aquinas*, Toronto, 1988, p. 204 ss y J. FINNIS, *op. cit.*, p. 29.

Parece conveniente volver a insistir en la diferencia entre los diversos sistemas de pensamiento iusnaturalista. En todo caso tal constatación no demuestra la inexistencia del derecho natural, sino su problematicidad. Debe distinguirse cuidadosamente entre derecho natural y teorías sobre el derecho natural⁴⁹, al igual que se distingue entre estructura del átomo y teorías *científicas* diversas y contradictorias acerca de la misma, o como puede diferenciarse entre acontecimientos históricos o historia real y teorías acerca de los sucesos o historiografía. Por otra parte, el hecho de que la pregunta por el derecho natural haya permanecido a través de los tiempos, y en medio de opiniones a veces muy encontradas, nos da una prueba de su profunda necesidad en el mundo humano y social⁵⁰, de la necesidad de responder a cuestiones a las que el derecho positivo y, *a fortiori*, el positivismo jurídico no pueden más que contestar con el silencio; cuestiones éstas que no se resuelven si se las traslada al campo de la moral, puesto que el positivismo concibe rígidamente el derecho como norma coactiva precisamente a partir de una neta distinción y separación entre lo jurídico y lo ético.

Por otra parte, y a la luz de todo lo expuesto, la necesidad de positivizar el derecho natural postulada por el iusnaturalismo puede entenderse dentro de sus justos términos sin desvirtuar su carácter jurídico. Ello exige delimitar con precisión qué se entiende por *positivación*. Veámoslo.

Los factores naturales de que venimos hablando sólo pueden pertenecer al orden jurídico en cuanto están integrados en él, es decir, en cuanto se le incorporan a través de alguna de las fuentes o momentos del derecho, en cuanto son *conocidos* por los operadores jurídicos. La positivación es, pues, un proceso de conoci-

Ambos refieren diversos textos de Santo Tomás donde se alude a la coacción e incluso a la punibilidad.

49. J. FINNIS, *op. cit.*, p. 23.

50. R. SPAEMANN, *Crítica de las utopías políticas*, cit., p. 317.

miento y recepción del derecho natural en el sistema jurídico, no una transformación del derecho natural en derecho positivo: es la entrada del derecho natural en la historia⁵¹. Recordemos que natural y positivo no dicen referencia a tipos de normas diferentes sino al origen del elemento normativo. Si se comprende esto, el derecho natural aparece como dependiente, pero no del derecho positivo, sino del sistema jurídico, y se percibe con una claridad no menor cómo un derecho positivo puede efectivamente sobrevivir sin el derecho natural y monopolizar el ordenamiento entero, pero entonces habrá expulsado de él la referencia a su objeto y habrá equiparado derecho y violencia. La supervivencia del derecho positivo puro absoluto, tiene lugar a costa de su juridicidad. Y supone una pérdida de racionalidad que se hace, en la práctica, poco menos que imposible. Concluyendo, el derecho natural es jurídico y se presenta a sí mismo como jurídico, porque constituye una regulación de la vida social y no porque pueda lograr ni mucho menos pretenda una eficacia al margen de la fuerza. A su vez, quienes defienden su no juridicidad con el argumento de la no eficacia o de la necesidad de apelar al derecho positivo, yerran en su ataque porque parten de un concepto de derecho que lo confunde con la fuerza. El error está en el concepto de derecho, y aquí las posturas sí que se muestran como irreducibles: derecho como normatividad racional-práctica o derecho como fuerza que somete a una razón esclava⁵².

51. J. HERVADA, *op. cit.*, pp. 177 ss.

52. "En efecto, la reducción total del derecho al solo derecho positivo es el resultado de una operación intelectual muy discutible, que se podría calificar de círculo vicioso. Se empieza por definir el género 'derecho' según los aspectos característicos del derecho positivo (...). Se comprueba sucesivamente que el derecho natural no posee estas características y se concluye, más o menos triunfalmente, que no hay otro derecho que el positivo" S. COTTA, *op. cit.*, p. 155.

2.3. SOBRE DERECHO NATURAL E HISTORIA

Tratamiento aparte merecen, dentro de la brevedad de estas observaciones sobre el derecho natural, las objeciones dedicadas a la historicidad⁵³. Según el autor que estamos comentando, el derecho natural es ahistórico por su incapacidad para acoger los cambios que se producen en las instituciones jurídicas de las diversas épocas, y es incompatible con el cambio histórico de los valores. Sobre esto último ya hemos hablado.

En cuanto a la primera objeción, de todo lo expuesto hasta ahora puede colegirse la importancia que el concepto de derecho tiene en los modos de entender el derecho natural. Así, vinculamos la idea de derecho natural a aquello que la razón práctica descubre como normatividad dada, esto es, como lo que no ha de ser construido por ella. Esto a su vez procede de una consideración de lo jurídico como *regulación racional-práctica*.

Pues bien, desde esta consideración de lo jurídico y del derecho natural es posible percibir con claridad cómo todo el mundo del derecho queda unido al ejercicio de la prudencia, es decir, al caso concreto. Es más, para los autores que se pueden encuadrar en esta línea de pensamiento, el derecho, realidad análoga, es primariamente lo justo del caso concreto, lo suyo debido a cada uno según una cierta relación de igualdad, la cosa justa concreta⁵⁴.

53. Es la objeción f).

54. Puede verse, a este respecto SANTO TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae* II-II, q 57 a 1 ad 1; M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho, I, Definición y fines del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, pp. 83 ss; J. HERVADA, *op. cit.*, pp. 39-43; y un estudio de toda esta corriente en J.P. SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987. Cuestión ineludible, pensamos que no suficientemente resaltada en ocasiones, es que la justicia del caso concreto, la decisión prudencial, exige tener a la vista el contexto global en que se establece la controversia. De lo contrario, el caso concreto no permite obtener para él solución alguna. Cf., desde una perspectiva más general, A. MCINTYRE, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 252 ss.

Por tanto, resulta injustificada la acusación de ahistoricidad. Propiamente hablando se trata de la concepción más capaz de hacer suyos los cambios históricos⁵⁵. Esto es de tal evidencia que no merece la pena detenerse más en considerar el tema.

Más proclives a la atemporalidad resultan, sin embargo, otras concepciones del derecho natural, que lo hacen derivar, *more geométrico*, en estricta dependencia de una concepción del derecho como ley, de una noción abstracta y problemática de naturaleza humana⁵⁶. A ellas sí que resulta aplicable la objeción que estudiamos, y compartimos plenamente este reproche.

2.4. DERECHO NATURAL, NATURALEZA Y FALACIA NATURALISTA

El tercer grupo de objeciones⁵⁷ se refiere al concepto de naturaleza. Es, sin duda, el más importante y difícil de esquivar por parte del iusnaturalismo.

Dos son las principales observaciones en este punto: por una parte, se alude a la problematicidad derivada de los múltiples y dispares conceptos de naturaleza y, por otra, a la no derivabilidad de los deberes, del deber-ser, de la norma, a partir de los hechos (falacia naturalista).

Del mismo modo que en ocasiones anteriores hemos declarado inconsistentes otras críticas al derecho natural, estas dos nos parecen ahora relevantes y deben ser tomadas en cuenta por

55. Un desarrollo sistemático de cómo afecta la historia a la determinación de lo justo natural, en J. HERVADA, *op. cit.*, pp. 98-104 y 161-163.

56. Sobre el iusnaturalismo racionalista, puede encontrarse una caracterización acertada en G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 60-64 y 69-71. Una descripción histórica de los distintos pensadores en J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 262-290.

57. Corresponden a este grupo las d) y e).

cualquier teoría iusnaturalista que pretenda ser válida incluso desde otros supuestos filosóficos.

Con respecto a la primera se ha de decir lo siguiente. Evidentemente, el concepto de naturaleza humana, la determinación de *lo humano* resulta altamente problemática. Es más, el mismo concepto de 'naturaleza humana' puede aparecer como paradójico. Sin embargo, sin la existencia de lo específicamente humano, lo contradictorio no es únicamente el derecho natural, sino la idea misma de derechos humanos⁵⁸.

Ahora bien, una de las mayores fuentes de problematicidad, tal vez la más importante, es el concepto mismo de naturaleza que poseemos, que hace imposible su aplicación al hombre, por ser fruto de una visión *naturalista* de la naturaleza, caracterizada por la reducción de lo natural a lo *externo*, a lo empírico apariencial, privado de relevancia ética, ajeno a esa intimidad en la cual y desde la cual se comprende el hombre, e irreconciliable por tanto con la autocomprensión como persona que le caracteriza⁵⁹. Todos estos rasgos hacen de la naturaleza un coto vedado a la teleología, al reino de los fines: la naturaleza queda privada de fuerza propia y pasa a ser concebida en términos meramente estructurales y estáticos. Lo natural equivale así a *lo dado*, a lo previo a la historia⁶⁰, porque es mirado desde fuera con ojos mecánicos e interpretado en términos sistemático-geométricos.

Desde esta posición intelectual resulta evidentemente imposible fundamentar un concepto de naturaleza humana, porque lo natural y lo humano aparecen entonces como realidades paralelas que

58. C.I. MASSINI, "Los derechos humanos en debate", en *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 139 y 149-151.

59. R. SPAEMANN, "El problema de un concepto de la naturaleza del hombre", en R. SEVILLA, *La evolución, el hombre y el humano*, Tübinga, Instituto de Colaboración Científica, 1986, p. 92.

60. R. SPAEMANN, "Naturaleza", en H. KRINGS Y OTROS, *Conceptos fundamentales de filosofía*, II. Barcelona, Herder, 1978, pp. 626-629.

coinciden, pero no pueden converger ni integrarse mutuamente: el hombre puede estar unido a una realidad natural -el cuerpo- pero ha de comprenderse a sí mismo fuera de toda relación esencial con éste, puesto que lo natural resulta irreconciliable con el mundo de la libertad y de la espontaneidad: "El que mi voluntad mueva mi brazo no me es más inteligible que si alguien dijera que la misma también puede detener la luna en su órbita"⁶¹. Se abren así dos ámbitos irreductibles al pensamiento: el mundo mecánico de lo natural y el mundo humano de la libertad y de la racionalidad⁶².

Tal es el concepto de naturaleza desde el que se denuncia la falacia naturalista, el que toman como punto de referencia los críticos modernos del derecho natural, que insisten una y otra vez en que de *lo dado* no puede surgir un *deber-ser*. Sin embargo, no es éste el único concepto de naturaleza posible. Antes bien, el propio Aristóteles fue el primero en distanciarse de esta consideración empírico-aparencial de la naturaleza, que ya por aquel entonces manejaban algunos sofistas⁶³. Para él, naturaleza no es la mera apariencia exterior, sino aquello que tiene *en sí mismo* el principio del movimiento y del reposo, lo que posee en sí mismo una fuerza y una finalidad propias. A propósito de esto ha señalado Spaemann: "Pero ¿qué quiere decir tener 'en sí mismo' un principio, un comienzo? Eso sólo puedo saberlo porque soy un 'sí mismo', porque tengo la experiencia de mí mismo como principio, como origen de espontaneidad. Si la tradición filosófica clásica ha formulado como axioma: 'ens et unum convertuntur', era porque

61. I. KANT, *Träume eines Geistersehers erläutert durch Träume der Metaphysik*, en *Kant's Schriften. Werke*, Berlín, Druckrund Verlag von Georg Reimer, 1912, t. II, p. 370.

62. Son respectivamente los planteamientos de Kant y del dualismo cartesiano.

63. En los sofistas la naturaleza es contemplada todavía como lo tendencial, pero esto es percibido con una reducción empirista. Sobre la importancia de la distinción, para el derecho natural, entre las nociones sofística y aristotélica de naturaleza, véase J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 46, 49 y 59.

aquí se encuentra el paradigma más alto de un ente, que desarrolla expresamente la identidad que encuentra su expresión en la palabra 'yo'⁶⁴. De esta suerte, lo natural, dotado de teleología es también capaz de intimidad y susceptible de atribución de libertad y espontaneidad. Con esta noción de naturaleza la presencia de la persona humana se torna menos problemática, y también los productos culturales y el devenir histórico, que queda de ese modo abierto a una dimensión natural. El hombre puede caracterizarse como naturaleza libre, es decir, aquella cuya teleología es autoposeída desde la propia intimidad subjetiva, y los productos culturales históricos se vuelven así expresión de este modo de ser natural y libre. Las disyuntivas naturaleza-historia o naturaleza-libertad sólo tienen sentido en el otro concepto de naturaleza, y no en el concepto originario aristotélico de la palabra, proveniente, más que de la ciencia natural, del ámbito de la praxis humana⁶⁵ porque es desde la propia experiencia de sí mismo desde donde el hombre capta la unidad del ser y la posesión de un fin y de una dinamicidad intrínsecas⁶⁶.

Una formulación de la inconmensurabilidad entre historia y naturaleza se puede encontrar precisamente en la descripción contractualista del sistema social. Spaemann pone el ejemplo de Rousseau, para quien lo natural aparece, no al final, como sucedería en la concepción teleológica, sino al inicio, de suerte que la entrada en la historia se produciría por una salida de la naturaleza⁶⁷. En esa concepción ser natural y ser personal se contraponen necesariamente, lo mismo que individuo y sociedad, hombre y ciudadano, etc.

64. R. SPAEMANN, "El problema de un concepto de la naturaleza del hombre", cit., p. 96.

65. R. SPAEMANN, "Naturaleza", cit., p. 619.

66. *Ibid.*, p. 621.

67. R. SPAEMANN, "El problema de un concepto de la naturaleza del hombre", cit., p. 99; del mismo autor, *Rousseau-Bürger ohne Vaterland*, München, R. Piper Verlag, 1980, capítulo 3, pp. 57-77.

No podemos detenernos aquí mucho más, pero hemos dicho lo suficiente para poder volver hacia atrás y concluir: sólo desde un concepto de naturaleza como el operante en la visión moderna desde el siglo XVI puede concebirse una regulación social o, en general, una normatividad que prescinda de la realidad de los seres por ella regulados, y sólo desde el desconocimiento de la teleología se puede formular la falacia naturalista.

En efecto, si lo natural es lo fáctico, lo dado, lo no-tendencial, va de suyo que el mundo de la naturaleza -y la sociedad misma- son portadores de una realidad hueca, determinada en su actividad por el juego de fuerzas de un sistema que impone un orden totalmente externo y extrínseco, y entonces la regulación puede hacerse también desde fuera, sin considerar otro factor que los fines particulares de quien la lleva a cabo. Cuando se impone una regulación a seres que carecen por completo de tendencia alguna, que están privados de cualquier dinamismo, desaparece, como ha observado Spaemann, la diferencia entre movimiento natural y violento⁶⁸. Si desnaturalizamos el mundo social, entonces no es posible imprimirle un movimiento no violento, sea cual sea el son al que le hagamos danzar.

Del mismo modo, si reducimos naturaleza a facticidad, entonces no podemos pretender que de ahí surja ningún orden normativo. De lo que acontece no se puede deducir lo que debe acontecer, el deber ser. Sería una inferencia lógica y metafísicamente incorrecta⁶⁹.

68. La supresión de esta diferencia aparece así como una de los presupuestos radicales de la física moderna. Cfr. R. SPAEMANN, "Naturaleza", cit., p. 620. Las consecuencias que esta 'culturización' de la naturaleza puede tener resultan, por tanto, imprevisibles. *Ibid.*, pp. 630-632.

69. Una exposición de la falacia naturalista puede encontrarse en J. FINNIS, *op. cit.*, pp. 33-36 y M. SANTOS CAMACHO, *Ética y filosofía analítica*, Pamplona, Eunsa, 1975, pp. 140-169. Sobre la historia de esta objeción y sus orígenes humeanos, puede verse la obra de Finnis, pp. 36-48. Un estado de la cuestión, en C.I. MASSINI, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del*

Sin embargo, si de donde se parte es de una realidad tendencial, de lo que los hombres experimentan de modo práctico -no por deducción de un supuesto concepto de 'naturaleza humana'- como aquello que les conduce a su propia autorrealización, a ser verdaderamente lo que son, en el comienzo se sitúa un *deber ser*, y de ahí sí puede obtenerse -lógicamente y metafísicamente- un deber ser: lo que debe ser todavía no es, aunque de algún modo es, y por eso no hay falacia naturalista: el fin se muestra como obligación proveniente de la teleología, de lo tendencial, del deber-ser del hombre⁷⁰. Se podría argumentar aquí, como hace Bobbio en su penúltima objeción, que lo natural y lo tendencial no son *eo ipso* lo justo. Quienes así razonan poseen, a nuestro modo de ver, una noción distorsionada y "metafísica" de la "justicia", como si el "bien", natural o moral, fuese algo externo o, mejor, extraño a los entes. *Justo* es lo que corresponde a esas tendencias, que constituyen en su término el específico bien humano. Justo y natural no corresponden a mundos distintos si hay teleología; sí si lo que resta es pura facticidad.

La naturaleza concebida a la manera clásica presenta, por tanto, un carácter normativo, pero no por lo que ya es, sino por lo que aspira a ser, por el fin ínsito en ella, por la perfección a la que está llamada. Y dicha normatividad de lo natural se hurta a la objeción de la falacia naturalista precisamente porque este concepto de naturaleza permite mostrar que tal argumento sólo tiene sentido en el plano de lo fáctico-empírico.

Desde aquí se puede captar lo que, no sin cierta falta de originalidad⁷¹, podemos denominar *falacia normativista*, que también es posible caracterizar como una *omisión*. Es cierto que el deber ser -jurídico o moral- no puede obtenerse de un hecho. Pero ¿sig-

Derecho, cit., pp. 91-133; cf. también, G. CARCALERRA, *Il problema della falacia naturalistica*, Milano, 1969, *passim*.

70. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 146-152.

71. S. COTTA, "Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo", cit., p. 153.

nifica eso que se obtiene de sí mismo? Deber-ser significa finalidad, ordenación a un cierto *telos*. ¿Qué sentido tendría un deber no dependiente, que no sea fruto de ninguna ordenación? ¿Dónde puede sustentarse? ¿De dónde puede pretender la obtención de su validez como deber? ¿Acaso del poder social? Pero, ¿puede el poder social, el Estado, imponer un *telos* determinado? ¿Puede el Estado constituir fines y arbitrar los medios que ordenan a ellos la vida social prescindiendo de los fines de los ciudadanos? El normativismo, si pretende huir no sólo de los hechos sino también de la naturaleza teleológica del hombre, debe responder a estas preguntas y hacerlo afirmativamente. Sin embargo, ello supondría hipostasiar el poder político y la sociedad por encima de los individuos personales, dotándolos de una estructura teleológica autónoma. En todo caso, la posición normativista pura no puede sostenerse y precisa referir el deber-ser jurídico a una teleología, que no puede ser otra que la del Estado, si se prescinde de la propia de los individuos que componen la sociedad.

Resumiendo, podemos señalar lo siguiente: primero, que lo humano encuentra dificultades para formularse en un concepto de naturaleza si se entiende esta última en el sentido sofístico o moderno; segundo, la falacia naturalista sólo se produce si se acepta el concepto moderno de naturaleza; tercero, la normatividad social, el derecho sólo puede responder a la pregunta del porqué de su existencia hipostasiando la figura del Estado y atribuyéndole unos fines propios o justificándose por referencia a los fines de los individuos personales que componen la sociedad, pero en ningún caso prescindiendo de cierta teleología: deber-ser supone siempre finalidad o de lo contrario se justifica por sí mismo, es decir, no se justifica. A esto hemos llamado *falacia normativista*, esto es, a la pretensión de justificar el deber-ser por el deber-ser, por su propia presencia como norma existente (de hecho). Ella se nos presenta como una versión *sui generis* de la falacia naturalista.

Esta postura ha tenido su más acabada versión histórica en la teoría moral kantiana. Para el pensador de Königsberg, es urgente la

tarea de salvar a la teoría ética y, por tanto, a la norma moral, de toda contaminación y referencia al mundo de lo empírico y de lo antropológico⁷². Ello sólo puede lograrse mediante la idea de *deber* moral. El deber moral constituye la base de la obligación: únicamente omitiendo toda referencia a lo natural -empírico y antropológico- es posible alcanzar una ética autónoma, una moral de la libertad. Ahora bien ¿de dónde obtiene Kant el deber? El deber aparece como un *factum* de la conciencia humana, como una realidad que se hace presente sin *razón* de ser alguna. Un deber así concebido, del que no es posible dar razón, no asegura la autonomía del obrar moral, porque es un deber impuesto y a la subjetividad sólo le cabe aceptarlo. La ética del deber no es realmente autónoma sino heterónoma: por el contrario, cuando el fundamento del obrar se pone en el hombre mismo, en su teleología, puede darse cumplida razón del deber y constituirse una ética verdaderamente autónoma, que deja entonces de ser una ética del deber para constituirse en ética del logro, de la perfección, del acabamiento, de la personalidad moral resultante de la planificación de lo tendencial, de la *virtud* en definitiva⁷³.

Frente a esto, el deber kantiano, al carecer de razón de ser, al ser inderivable, pretende una validez como deber sin más apoyo que su pura facticidad, su mera presencia en la subjetividad, ya sea psicológica o trascendental. Ello nos hace ver aquí una peculiar versión de la falacia naturalista⁷⁴.

72. I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en *Kant's Werke*, IV. Edición de la Academia de Berlín, 1911; traducción castellana, por la que citamos, de M. GARCIA MORENTE, Buenos Aires, Ateneo, 1951, p. 476.

73. Cfr. M. SANTOS CAMACHO, "La armonía interna de la ética". Conferencia pronunciada en las XXIV Reuniones Filosóficas de la Universidad de Navarra, Pamplona, marzo de 1987, *passim*. Véase también A. MCINTYRE, *Tras la virtud*, cit., pp. 226 ss.

74. Es cierto que en la teoría jurídica kantiana se define la conducta jurídica (*Legalität*) como el obrar por motivos distintos del deber. En rigor, ello es una necesidad subsiguiente al hecho de haber considerado el deber como algo presente al sujeto de modo interno pero injustificado, lo cual lo reduce al ámbito moral y hace imposible que se pueda hablar de deber jurídico, quedando

Llegados a este punto, quedan todavía por dilucidar dos cuestiones: cuándo aparecen y cuáles son las razones del abandono de la teleología en la concepción de la naturaleza por parte de la filosofía moderna y qué relevancia tienen⁷⁵ y cuáles son las líneas desde las que se puede desarrollar un derecho natural sin falacia naturalista⁷⁶. Ambas exceden al propósito de esta exposición; baste

aquí el derecho amparado por la mera coacción que, además, pasa a formar parte de su constitución esencial, y por una obligación moral de cumplirlo. Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., p. 308. Para un tratamiento más extenso, F. CARPINTERO, *La cabeza de Jano en discusión. Una interpretación de la teoría jurídica kantiana* (inédito), 1987, capítulos II. 4 y II. 5. Una exposición sucinta de este asunto por parte de Kant, en *Die Metaphysik der Sitten*, en *Kant's Werke*, VI, ed. cit., pp. 219 ss. Citamos a continuación por la ed. castellana de F. GONZALEZ VICEN, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 55: "Todas las obligaciones, simplemente por ser obligaciones, pertenecen a la ética, lo que no quiere decir, empero, que la legislación de la que proceden esté contenida por ello en la ética, sino que en muchos casos está fuera de ella. Así, por ejemplo, la ética prescribe que tengo que cumplir la promesa hecha en un contrato, aún cuando la otra parte no puede forzarme a ello; pero aquí la ética toma de la teoría del Derecho como dadas la ley (*pacta sunt servanda*) y la obligación correspondiente, es decir, que la legislación que manda cumplir la promesa hecha no se encuentra en la ética, sino en el Ius. La ética nos enseña tan sólo, partiendo de aquí, que aun cuando cese el motivo del obrar" que une la legislación jurídica con aquella obligación, es decir, la coacción externa, la idea de obligación basta ya por sí como motivo del obrar. Se ve, por tanto, cómo o no hay deber jurídico o se aplica al derecho el deber moral, o se introduce una idea de obligación que es también de índole fáctica e injustificada.

75. Según Spaemann, "detrás de esta nueva visión se hallaba un poderoso interés, el interés por el dominio ilimitado de la naturaleza". *Op. cit.*, p. 621. En todo caso, en el plano teórico la discusión es de índole teológica y se plantea en la Edad Media, a propósito de la capacidad natural del hombre para alcanzar su fin trascendente. Sobre el tema véase R. SPAEMANN, *op. cit.*, pp. 623-636; "El problema de un concepto de la naturaleza del hombre", cit. pp. 101-104; y, sobre todo, R. SPAEMANN, *Die Frage Wozu? Geschichte und Wiederentdeckung des teleologischen Denkens*, München, R. Piper Verlag, 1981, especialmente capítulos II, III y IV.

76. Véase O. HOFFE, "Derecho Natural sin falacia naturalista: un programa iusfilosófico", cit., pp. 126 ss. Ahí se proporciona simplemente lo que podría constituir la estructura de un razonamiento jurídico sin falacia naturalista. Para la determinación de los puntos de partida en el orden de los contenidos materiales, puede verse J. FINNIS, *op. cit.*, pp. 59-133.

lo dicho hasta ahora para mostrar que la renuncia a la teleología no sólo hace inviable el derecho natural, sino también un positivismo jurídico que no luzca el absurdo como telón de fondo, y para dejar sentada la posibilidad de un concepto de naturaleza humana desde ciertas bases teóricas. Aplicar la noción de naturaleza a la comprensión de la realidad del hombre permite llamar la atención sobre algo fundamental, a saber, que al enfrentarnos con la realidad de lo humano no estamos ante algo vacío, indefinidamente versátil y susceptible de cualquier ordenación ética o jurídica⁷⁷, manipulable sin que ello signifique hacerle violencia. En el hombre, en cada hombre, hay algo específicamente suyo, poseído tendencialmente y alcanzable mediante la propia historia personal, y por eso, aunque al hombre se le pueda manipular, nunca será sin violencia.

3. EL DERECHO NATURAL EN EL HORIZONTE DE LA POSMODERNIDAD

Cómo se determina el contenido de lo humano y de qué modo puede armonizarse lo tendencial de cada hombre con la vida social constituye también tema aparte. Dos observaciones nada más haremos aquí, a la luz de lo dicho hasta ahora: si la naturaleza no es lo dado, no puede pretender aprehenderse deductivamente a partir de un concepto cerrado y especulativo; es más bien la captación de las tendencias lo que permite descubrir el ámbito de lo humano. Dicha captación se lleva, por tanto, a cabo no por medio del pensamiento teórico-especulativo, sino a través de la racionalidad práctica, no pocas veces guiada en su labor por la experiencia

77. Sobre la importancia de la concepción teleológica de la naturaleza para el derecho, desde una perspectiva diferente a la aquí adoptada, cf. G. DEL VECCHIO, *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*, ed. castellana de M. CASTAÑO, Madrid, Reus editores, 1916.

palpable de lo negativo, de lo inhumano. El punto de partida de la razón práctica es otra de las cuestiones a determinar, y plantea un problema importante del que ahora nos limitamos a dejar constancia: para poder ser calificadas como verdaderamente humanas, las tendencias han de ser aprehendidas como evidentes, como fines para todo hombre o, si se quiere, como *valores básicos*⁷⁸ universalizables para todos. Esta demostración de la evidencia de ciertos bienes o valores introduce, en el meollo de la razón práctica, el problema de la teoría y el de la inducción, consecuencias de la necesidad de dar razón del mencionado punto de partida (los primeros principios y valores básicos). Sin embargo, hemos de dejar para otro momento la discusión de este asunto que, por lo demás, ha sido objeto de atención detenida por parte de algunos⁷⁹.

En todo caso, la restauración teórica del derecho natural a finales del siglo XX obliga a tomar como punto de referencia la idea de *lo humano* y su caracterización en ocasiones negativa. El razonamiento jurídico, como razonamiento práctico, no debe tener miedo a un procedimiento que en algunos momentos se asemeje notablemente al ensayo-error.

78. J. FINNIS, *op. cit.*, pp. 59 ss.

79. En efecto, sobre este tema han tenido lugar dos polémicas centradas, respectivamente, en la discusión sobre el papel del conocimiento teórico en la inferencia del deber moral, y en la cuestión, estrechamente conectada con la anterior, de la construcción de la ética y el derecho natural a partir de la *naturaleza* o de la *racionalidad* (práctica). Sobre la primera, puede verse la obra citada de FINNIS, y G. GRISEZ, "The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2", en A. KENNY (ed), *Aquinas: A Collection of Critical Essays*, Londres, Macmillan, 1970, pp. 340-382; R. MCINERNEY, "The Principles of Natural Law", en *The American Journal of Jurisprudence* 25, pp. 1-15; y la réplica conjunta de los dos anteriores a éste último "The basic principles of Natural Law: A reply to Ralph McInerney" en *The American Journal of Jurisprudence* 26, Washington, 1981, pp. 21-31. Sobre la segunda cuestión puede verse F. INCIARTE, "Sobre la verdad práctica", en *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 159-187 y R. SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Aufsätze zur Anthropologie*, München-Zürich, 1987. Hay edición castellana (en prensa) de D. INNERARITY y J. OLMO, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989.

Por otra parte, el momento sociológico resulta propicio a dicha restauración. De modo similar a lo que sucede con el colapso provocado en el mundo jurídico por el positivismo legalista, la hipertrofia del sistema social y los diversos subsistemas ha ido interponiendo cada vez mayores distancias entre la sociedad (o el sistema) y los diversos *mundos vitales*. La marginación, la existencia del *cuarto mundo*, no resulta ya marginal en los países occidentales⁸⁰. Desde esta perspectiva, y como superación de la autorreferencialidad del sistema social, ha ido abriéndose paso la *rebelión de los mundos vitales* que tiene como horizonte ideal la recuperación de valores de lo humano especialmente afectados en nuestra época: cuando se tiene esto presente consigue explicarse en todo su alcance la extensión y cada vez mayor pujanza de los distintos movimientos feministas, regionalistas y, sobre todo, ecologistas y pacifistas⁸¹. ¿Qué significa, en último extremo, el ecologismo, sino un reconocimiento de la presencia en el mundo natural de una teleología que ha de ser respetada y que actúa como límite a las posibilidades manipuladoras de la racionalidad científica y técnica?

A pesar de que todavía se siguen produciendo sucesos -sobre todo en el plano tecnológico y político- que responden a los más puros esquemas del racionalismo científico de la modernidad (pienso ahora en la reciente ley de manipulación de embriones y reproducción asistida aprobada en España), la actual encrucijada cultural nos muestra el agotamiento teórico y social del racionalismo y fuerza al hombre posmoderno a optar por el absurdo, el nihilismo, el sinsentido o la defensa de unos derechos sin fundamento⁸² o, en caso de no resignarse a tan poco halagüeña perspectiva de futuro, elegir la búsqueda de lo humano en la experiencia

80. A. LLANO, *La Nueva Sensibilidad*, Madrid, Espasa Calpe, 1988, pp. 28 y 43.

81. *Ibid*, pp. 119 ss.

82. Cf. E. BULYGIN, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en *Doxa* 4, Alicante, 1987, p. 84.

de la vida cotidiana y en la reflexión sobre los frutos amargos de la modernidad terminal.

No quiero concluir mi exposición sin referirme brevemente a la necesidad de una sustentación intersubjetiva del derecho natural que proponemos. En efecto, hoy no puede ya pretenderse una imposición unilateral de los principios, normas o derechos que se consideran como inherentes a la naturaleza del hombre y a la proyección social de dicha naturaleza. En este sentido, me parece aceptable la legitimación democrática del derecho⁸³, pero como fruto de la exigencia de la dignidad de la persona humana, que se traduce en la no-legitimidad de los intentos de imponer a los demás una verdad social no compartida, por muy verdadera que ésta sea⁸⁴.

Naturalmente, el derecho natural que así surge es un conjunto limitado de principios, normas y derechos, muy conectado con la experiencia antropológica de los casos concretos y con la práctica jurisprudencial, vinculado a la teoría de los derechos humanos, especialmente de los derechos negativos (civiles y políticos), y ajeno a las arrogancias y dogmatismos de otros tiempos.

83. Cf. N. LOPEZ CALERA, "La legitimación democrática del derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 16, Granada, 1976, pp. 33-51.

84. Sobre la posibilidad de un consenso no relativista como base del orden jurídico, véase A. OLLERO, "Consenso: ¿Racionalidad o legitimación?", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 23-24, Granada, 1983-84, pp. 163-182.